

University of Groningen

Toezicht in het publieke belang

de Vries, Femke

Published in:
 Reflecties op de staat van het toezicht

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
 Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
 2019

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
 de Vries, F. (2019). Toezicht in het publieke belang. In H. Van Kempen (editor), *Reflecties op de staat van het toezicht* (blz. 19-35). Inspectieraad.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.



Reflecties op de staat van het toezicht

Reflecties op de staat van het toezicht

Inspectieraad 2019

Dit is een uitgave van de Inspectieraad. Meer informatie over deze en andere uitgaven is te verkrijgen bij:

Bureau Inspectieraad
Postbus 20011
2500 EA Den Haag
info@inspectieraad.nl
www.rijksinspecties.nl

© Inspectieraad, Den Haag, 2019

Samenstelling en redactie:

Hadewych van Kempen, Inspectieraad

Eindredactie:

Antje Visser, PgUp Tekst, www.pguptekst.nl

Grafisch ontwerp:

Elise Eekhout, Ontwerpstudio 2 MAAL EE, www.zmaalee.nl

Drukwerk:

Xerox/OBT, Den Haag

ISBN 978-90-9031914-8

Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd en/of openbaar worden gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Femke de Vries

Prof. mr. dr. Femke de Vries is managing partner bij *Esamhoud consultancy*. Tot 1 januari 2018 was ze bestuurslid bij de AFM, daarvoor was ze secretaris-directeur en divisiedirecteur van diverse toezichtdivisies bij DNB. Ze bekleedt de Videleerstoel als bijzonder hoogleraar aan de juridische faculteit van de Rijksuniversiteit Groningen. Daarnaast is ze onder meer lid van de raad van advies van de IGJ en de ANVS.

Toezicht in het publieke belang

“Inspectie en NZa slaan alarm over gesjoemel met zorggeld”, kopte *Het Financieele Dagblad* op 5 maart 2019. In het artikel meldden de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ) en de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) dat ze steeds vaker meldingen krijgen over belangenverstrengeling en twijfelachtige financiële constructies in de zorg. Wie kwaad wil kan met allerlei schimmige constructies het winstverbod in de zorg en het beloningsplafond omzeilen. Zo wordt geld onttrokken aan de zorg. Maar handhaving is ingewikkeld want het gaat om een grijs gebied. De IGJ kan alleen optreden als de veiligheid of de kwaliteit van de zorg in gevaar komt. De NZa alleen bij geknoei met declaraties. En zo valt maatschappelijk onwenselijk gedrag dat niet aan een van beide criteria voldoet tussen wal en schip. De toezichthouders op de zorgsector pleiten daarom in een ‘signalering’ voor meer bevoegdheden om misstanden aan te pakken. Het antwoord van de sector laat zich raden. De verenigde brancheorganisaties in de zorg zeggen te vrezen voor meer bureaucratie en administratieve lasten.

De signalering van NZa en IGJ over gesjoemel met zorggeld is een voorbeeld van hoe de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) het bedoeld moet hebben toen hij er in 2013 in zijn rapport *Toeziën op publieke belangen* voor pleitte het publieke belang meer centraal te stellen in het toezicht. Geen eenzijdige oriëntatie op lasten en kosten van het toezicht, niet alleen maar nadruk op de handhavingsfunctie van het toezicht, maar toezichthouders die maatschappelijke risico's signaleren. Toezichthouders die verder kijken dan de risico's van vandaag. Of zoals de WRR het noemt: een verruimd perspectief op toezicht. Het voorbeeld van de IGJ en de NZa laat echter ook zien dat niet automatisch consensus bestaat over wat het publieke belang behelst, en vooral dat discussie kan ontstaan over de rol van toezicht en wetgeving bij de bescherming van dat belang.

Ook andere inspecties en toezichthouders beperken zich steeds minder tot het toezien op naleving van wet- en regelgeving. Een van de redenen daarvoor is dat bijna elke toezichthouder na incidenten wordt geconfronteerd met de bekende *haunting questions* die worden toegeschreven aan de eerste markante baas van de Autoriteit Financiële Markten (AFM), Arthur Docters van Leeuwen: “Waarom was je er niet? Waarom heb je niets gezien? En waarom heb je niets gedaan?”

Het antwoord dat het je als toezichthouder ontbrak aan een wettelijke taak of wettelijk instrumentarium, is niet langer voldoende. Sterker nog: de voormalige president van De Nederlandsche Bank (DNB) Nout Wellink werd door de parlementaire enquêtecommissie die onderzoek deed naar de financiële crisis, een legalistische houding verweten. Wellinks argument dat hij werkelijk geen juridische mogelijkheid onbenut had gelaten om systeembank ABN AMRO uit buitenlandse handen te houden, kwam hem op hoongelach te staan. Wellink had zich in de ogen van de enquêtecommissie en de publieke opinie desnoods van geheel andere middelen moeten bedienen om het publieke belang te beschermen. Wet of geen wet. Het

vertrouwen in DNB, die zich strikt aan de wet en de daarin neergelegde bevoegdheden had gehouden, liep een flinke deuk op.

De WRR beschrijft in zijn rapport *Toeziën op publieke belangen* hoe incidenten in het toezicht niet alleen het vertrouwen in onder-toezichtstaande sectoren ondermijnen, maar er ook toe leiden dat het maatschappelijk vertrouwen in de behartiging van publieke belangen door de overheid onder druk komt te staan. Publieke belangen moeten daarom het ijkpunt vormen voor toezicht, aldus de WRR. Niet de naleving van wet- en regelgeving of de vraag hoe de kosten van toezicht kunnen worden beperkt moet centraal staan bij de vormgeving van toezicht, maar de maatschappelijke functie van toezicht (WRR 2013). De WRR pleit in dat kader onder meer voor reflectie door de toezichthouders. Een reflectieve toezichthouder analyseert knelpunten in de wet- en regelgeving en signaleert maatschappelijke ontwikkelingen die nieuwe risico's met zich meebrengen. Toezichthouders hebben daarbij zowel een rol richting politiek en bestuur, aldus de WRR, als richting burgers. De laatste categorie kan door communicatie van de toezichthouder over (nieuwe) risico's zelfredzaam worden gemaakt. Het signaleren en agenderen van risico's en eventueel tekortschietende bevoegdheden of wet- en regelgeving draagt er volgens de WRR aan bij dat realistische verwachtingen van toezicht worden gecreëerd (WRR 2013).

De WRR staat bepaald niet alleen in zijn oproep tot een verruimd perspectief op toezicht. De maatschappij lijkt, zeker waar het gaat om het voorkómen van grote incidenten, hoge verwachtingen te hebben van toezichthouders. Maar die verwachtingen en de reactie van toezichthouders daarop zorgen op hun beurt weer voor nieuwe dilemma's. Waar toezichthouders steeds meer het publieke belang centraal stellen, roept dat immers ook vragen op. Want wie bepaalt eigenlijk wat het publieke belang is? Waar liggen de grenzen van het ingrijpen door toezichthouders wanneer een wettelijk kader

ontbreekt? En hoe leggen toezichthouders verantwoording af over het beschermen van het publieke belang?

In deze bijdrage beschrijf ik een aantal voorbeelden van de wijze waarop toezichthouders het publieke belang centraal stellen en ga ik in op het spanningsveld dat juist daardoor ontstaat. Zo krijgen toezichthouders die hun mandaat te ruim opvatten of buiten hun wettelijke mandaat risico's signaleren het verwijt dat hun optreden onvoldoende toetsbaar en gelegitimeerd is. Het dilemma bestaat eruit dat een taakopvatting waarbij de toezichthouder zich beperkt tot het strikte toezien op de naleving van wet- en regelgeving, toezichthouders – met name bij incidenten – op zware kritiek komt te staan. De maatschappij verwacht immers dat zij maatschappelijke schade voorkomen. Bovendien geldt dat in een snel veranderende maatschappij wet- en regelgeving per definitie achterloopt op de ontwikkeling van maatschappelijke risico's. Wie zich beperkt tot het toezien op wet- en regelgeving in de strikte zin, loopt de kans nieuwe maatschappelijke risico's te missen.

Dit spanningsveld maakt het noodzakelijk na te denken over meer toetsbare manieren waarop toezichthouders het publieke belang centraal kunnen stellen. In dat kader presenteer ik een aantal gedachten die kunnen bijdragen aan het verkleinen van het spanningsveld. Ik spreek daarbij nadrukkelijk over gedachten omdat geen van de gepresenteerde varianten het spanningsveld geheel kan wegnemen. Het centraal stellen van het publieke belang in toezicht vraagt ook een zekere mate van acceptatie van de grotere rol voor toezichthouders die daarvan het gevolg is.

Het publieke belang centraal: een aantal illustraties

De IGJ en de NZa zijn niet de enige toezichthouders die in de geest van de oproep van de WRR het perspectief op toezicht hebben verruimd. Markttoezichthouders AFM en DNB bijvoorbeeld gingen hun voor, en alle andere toezichthouders proberen een vergelijkbare beweging te maken. Daarbij speelde het gedachtegoed van Harvardprofessor Malcolm Sparrow een belangrijke rol. Sparrow moedigt toezichthouders aan zich niet alleen te richten op gedrag dat tegen de wet is maar vooral ook op schadelijk gedrag. Met een beetje geluk overlappen die twee elkaar en heeft de wetgever schadelijk gedrag ook tijdig gereguleerd, maar veel vaker is dat niet het geval. Dat maakt dat de toezichthouder wordt geconfronteerd met gedrag dat niet gereguleerd is maar wel evident schadelijke effecten kan hebben of al heeft.

Een andere belangrijke factor in de ontwikkeling van het financieel toezicht was de evaluatie van het toezicht na de financiële crisis door het Internationaal Monetair Fonds (IMF). Het IMF formuleerde vijf criteria voor goed toezicht (IMF 2010):

- indringend
- kritisch en proactief
- volledig
- adaptief
- vasthoudend

Het IMF stelt dat het toezicht voortdurend de horizon moet afspeuren naar nieuwe ontwikkelingen en risico's. Ondertoezichtstaande partijen moeten voortdurend de druk voelen van de aanwezigheid van de toezichthouder. De toezichthouder moet zich voortdurend nieuwe kennis eigen maken, zodat risico's van nieuwe producten snel worden doorzien.

In 2014 publiceerden de Nederlandse markttoezichthouders Autoriteit Consument & Markt (ACM), AFM, College Bescherming Persoonsgegevens (CBP), DNB, Kansspelautoriteit en NZa het visiedocument *Criteria voor goed markttoezicht*, waarbij ze zich lieten inspireren door het IMF. De markttoezichthouders pleiten hierin voor ‘missiegedreven markttoezicht’: toezicht dat is gericht op een hoger doel en niet slechts op compliance. Zij definiëren dit als volgt:

“Dit houdt in dat toezicht meer omvat dan slechts de strikte toepassing van bevoegdheden bij het uitvoeren en handhaven van bepaalde wetten en regels. (...) In missiegedreven toezicht staan de beoogde effecten van het toezicht centraal. Daarbij gaat het niet alleen om de beoogde effecten in een individuele zaak, maar geldt ook de impact op de gehele sector.” (ACM et al. 2014: 3-4)

Het voert te ver in deze bijdrage een uitputtend overzicht te geven van hoe Nederlandse toezichthouders in de breedte invulling geven aan het publieke belang. Het is echter wel interessant daar een drietal voorbeelden van te noemen.

In de eerste plaats is in het toezicht een duidelijke ontwikkeling zichtbaar waarbij toezichthouders aandacht besteden aan gedrag en cultuur in ondertoezichtstaande organisaties of sectoren. DNB en AFM ontwikkelden deze vorm van toezicht na de financiële crisis. De gedachte daarbij was dat gedrag en cultuur belangrijke oorzaken zijn van latere problemen in organisaties en dat door aandacht te besteden aan gedrag en cultuur toezichthouders problemen kunnen voorkomen. DNB stelt daarover dat door ineffectief gedrag en een ongezonde cultuur vroegtijdig te signaleren en aan te pakken, de toezichthouder grote financiële risico's kan voorkomen (DNB 2010). Ook de toezichthouders op de zorgsector IGJ en NZa besteden inmiddels in hun toezicht aandacht aan ‘goed bestuur’. De IGJ en NZa stellen dat als er problemen zijn met het besturen van een zorginstelling, dit ten koste kan gaan van de kwaliteit van zorg. In beide gevallen geldt dat de toezichthouders nadrukkelijk risico's die

verband houden met gedrag en cultuur in organisaties signaleren en maatschappelijk agenderen.

Een andere belangrijke manier waarop toezichthouders het publieke belang centraal stellen is door maatschappelijke risico's te signaleren, aansluitend bij het pleidooi voor reflectief toezichthouderschap van de WRR. Een goed voorbeeld is de jaarlijks door de Inspectie voor het Onderwijs gepubliceerde Staat van het Onderwijs. De verplichting tot het publiceren van een Staat van het Onderwijs is sinds jaar en dag neergelegd in de wet. De inspectie agendeert in deze jaarlijkse staat (maatschappelijke) risico's die publieke belangen in gevaar brengen. Zo signaleerde zij in 2018 dat de maatschappelijke verschillen in het onderwijs dreigen toe te nemen doordat kinderen van laagopgeleide ouders een lager schooladvies krijgen dan die van hoogopgeleide ouders (Inspectie van het Onderwijs 2018).

Een derde voorbeeld van het centraal stellen van het publieke belang is de aanpak door de AFM in het derivatendossier. In deze casus leden mkb-ondernemers schade door een financieel product dat zij met de bank waren overeengekomen. Een oplossing waarbij de banken hun dienstverlening in alle cliëntdossiers opnieuw bekeken om zo een compensatieaanbod te kunnen doen, bleek onvoldoende soelaas te bieden voor de benadeelde klanten. De AFM adviseerde vervolgens de minister van Financiën een commissie van wijzen in te stellen om een uniform compensatiekader te ontwikkelen, op basis waarvan de klanten door banken zouden worden gecompenseerd voor geleden schade. De banken committeerden zich vrijwillig om compensatie op basis van het compensatiekader uit te keren en hun uitkeringen te laten controleren door accountantskantoren.

Deze voorbeelden laten zien dat toezichthouders op verschillende manieren invulling geven aan het publieke belang, van het ontwikkelen van een nieuw (nog niet) gereguleerd toezichtsterrein zoals gedrag en cultuur, tot het signaleren van maatschappelijke risico's of het adviseren over ingrijpen in privaatrechtelijke (contracts)-

verhoudingen. Een minder vergaande variant waarmee toezichthouders invulling geven aan het publieke belang is de interpretatie van open normen. Daarbij geldt dat de toezichthouder op grond van de wet toeziet op een open norm, maar die norm vervolgens interpreteert in het licht van maatschappelijke risico's. Hoewel onder Nederlandse toezichthouders een duidelijke ontwikkeling zichtbaar is om invulling te geven aan een vernieuwd toezichtperspectief is deze nadruk op het publieke belang niet onomstreden. In de volgende paragraaf passeert een aantal bedenkingen tegen deze ontwikkeling de revue.

Het publieke belang centraal: wat is er eigenlijk tegen?

In een reactie op het WRR-rapport laten Annetje Ottow en Madeleine de Cock Buning zich kritisch uit over de oproep van de WRR om het publieke belang centraal te stellen. De WRR gaat volgens hen voorbij aan de spanning tussen enerzijds de instrumentele functie van het publiekrecht – het behalen van de maatschappelijke doelen zoals het verkleinen van risico's voor burgers – en anderzijds de waarborgfunctie die het recht heeft, namelijk de normering van het overheidsoptreden. Juist de besluitvorming van de toezichthouders moet gebaseerd zijn op democratisch gefundeerde wet- en regelgeving en met voldoende juridische waarborgen omkleed zijn, stellen Ottow en De Cock Buning (2013):

“De ruimte tot experimenten of vernieuwingen kent zijn grenzen in de juridische kaders die voor toezichthouders gelden. Juist daarin schuilt de legitimiteit en (daarmee) het gezag van de zorgvuldig handelende toezichthouder.”

Effectiviteit en legaliteit kunnen echter volgens hen wel degelijk hand in hand gaan. Voorwaarde is daarbij wel dat de juridische

ruggengraat van het toezicht niet mag ontbreken (Ottow en De Cock Buning 2013). Dat wet- en regelgeving als knellend kan worden ervaren, in het bijzonder bij hoge verwachtingen van het toezicht, is *all in the game*, is het betoog van de auteurs.

Een ander veelgehoord argument tegen het centraal stellen van het publieke belang door toezichthouders is dat wanneer een toezichthouder opereert buiten zijn wettelijke kader of daar zelf een ruime interpretatie aan geeft, zijn optreden niet politiek gelegitimeerd is. De toezichthouder kan niet bepalen wat de definitie van ‘publiek belang’ is. Dat is voorbehouden aan de politiek, aldus critici.

Meer in het algemeen zou je kunnen stellen dat het voor de toezichthouder niet eenvoudig is om vast te stellen wat in het publieke belang is. De definitie van ‘publiek belang’ is niet eenduidig en kan in zekere zin zelfs afhangen van de actuele situatie. Wanneer zich een incident of crisis heeft voorgedaan zal op het betreffende toezichtsterrein worden verwacht dat de toezichthouder zijn rol ruimer opvat dan voorheen. De toezichthouder zal hier in het algemeen zijn interpretatie van het publieke belang relateren aan zijn (wettelijke) taakopdracht of missie.

Het optreden van toezichthouders in het publieke belang zal deels wettelijk gelegitimeerd zijn en bestaan uit een (ruime) interpretatie van het bestaande wettelijk kader. Deels zal het echter, zoals in de voorgaande paragraaf is geschetst, ook bestaan uit de inzet van informele instrumenten zoals het agenderen van risico’s die niet wettelijk gereguleerd zijn of informele beïnvloeding van de markt. Voor de toezichthouder geldt dat hem daarbij geen formele handhaving-instrumenten ter beschikking staan.

Voor de ondertoezichtstaande betekent dit echter nog niet dat niet wordt ‘ingegrepen’ in de markt. De ondertoezichtstaande zal mogelijk weinig vrijheid voelen om af te wijken van het standpunt van de toezichthouder of om de door de toezichthouder gesignaleerde risico’s te negeren. Zoals de voormalig voorzitter van de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) Meijs het ooit verwoordde in relatie

tot open normen: de toezichthouder zegt “Doe het vooral zoals je wilt” maar de ondertoezichtstaande hoort “Doe het vooral zoals je wilt, als je durft”. Daarbij geldt bovendien dat geen sprake is van een ‘toets’ van het optreden van de toezichthouder wanneer hij bij zijn behartiging van het publieke belang geen wettelijke instrumenten inzet.

Henk Don, bestuurslid van de ACM, roept een andere belangwekkende vraag op: wat te doen als publieke belangen met elkaar conflicteren (Don 2011)? De ACM wijst er, in relatie tot het optreden van de overheid in brede zin, zelfs op dat in wetgeving niet altijd duidelijk is vastgelegd wat de reikwijdte is van publieke belangen. Het is volgens de ACM in geval van overheidsoptreden ook niet altijd duidelijk welk publiek belang voorgaat, bijvoorbeeld mededinging of duurzaamheid (ACM 2019).

Het centraal stellen van het publieke belang is in het toezicht dus niet zonder haken of ogen. Terug naar een toezichthouder die zich beperkt tot ‘afvinken’ van de naleving van wet- en regelgeving is echter geen optie. Het voornaamste argument daarvoor is wat mij betreft het feit dat de wetgever nooit alle maatschappelijke risico’s kan afdekken. De maatschappij verandert snel en technologische ontwikkelingen bieden in elk vakgebied mogelijkheden, maar brengen ook risico’s voor publieke belangen mee. AFM-bestuursvoorzitter Merel van Vroonhoven schetste het treffend in haar Van Slingelandt-lezing in 2016: de toezichthouder zal moeten meegaan met zijn tijd om straks geen toezicht te houden op dinosauriërs.

De WRR stelt terecht dat van toezichthouders zal worden verwacht dat zij, tot op zekere hoogte, die nieuwe risico’s signaleren en agenderen. Dat agenderen kan inhouden dat de toezichthouder die risico’s op de politieke of maatschappelijke agenda zet. In de praktijk gaan toezichthouders echter nog een stap verder door ook aan te dringen op gedragsverandering van ondertoezichtstaande sectoren waar (nog) geen sprake is van gereguleerd gedrag. De macht om ook

op informele wijze het optreden van ondertoezichtstaande sectoren te beïnvloeden zonder directe wettelijke en politieke legitimatie, vraagt dat daarmee zorgvuldig wordt omgegaan.

In de volgende paragraaf bespreek ik een aantal mogelijkheden waarbij toezichthouders het publieke belang centraal stellen en tegelijkertijd kaders worden geboden voor de toetsing daarvan. Geen daarvan is overigens een volledig antwoord op de kritiek dat de politieke en juridische legitimiteit ontbreekt.

Welke opties zijn er?

Het verruimen van het perspectief op toezicht waarbij toezichthouders nadrukkelijk handelen vanuit het publieke belang vergt volgens de WRR dat aan drie voorwaarden wordt voldaan, samenhangend met de kernwaarden van toezicht. Toezicht moet onpartijdig zijn, moet onafhankelijk geïmplementeerd zijn en moet zich publiek verantwoorden (WRR 2013). In deze criteria schuilt ook een deel van de oplossing voor het hiervoor geschetste dilemma dat ontstaat als de toezichthouder zelfstandig het publieke belang centraal stelt. Daarnaast is een rol weggelegd voor de wetgever. Welke opties zijn er? Ik schets er vier.

Meer gebruik van open normen door de wetgever

De wetgever kan ervoor kiezen meer gebruik te maken van open normen. Open normen definiëren het eindresultaat dat door de ondertoezichtstaande moet worden bereikt. Een open norm is daardoor meer toekomstbestendig en zal gemakkelijker aansluiten bij het publieke belang. Dat kan bijvoorbeeld met een norm die voorschrijft dat de veiligheid van de zorg moet worden geborgd. Zo'n brede open norm zal immers voldoende houvast geven in een veranderende omgeving. De toezichthouder kan dan toezien op de naleving van een open norm die aansluit op het einddoel van toezicht: de veiligheid van de zorg. Die open norm zal in beginsel voldoende zijn om

partijen aan te spreken, ook wanneer nog onduidelijk is hoe een bepaald gebruik van data of technologie zich verhoudt tot de kwaliteit van zorg. Toezichthouders kunnen de ondertoezichtstaande aanspreken op het eindresultaat.

Op een aantal toezichtsterreinen wordt al ruimschoots gebruik gemaakt van open normen. Zo moeten bestuurders in het financiële toezichtrecht geschikt en betrouwbaar zijn zonder dat limitatief is geformuleerd waaruit die geschiktheid bestaat. De inhoud van deze open normen is overigens in veel gevallen nader ingevuld door lagere wet- en regelgeving of beleid van de toezichthouders. Het gebruik van open normen geeft enerzijds meer mogelijkheden voor de toezichthouder om in het dagelijks handelen het publieke belang te beschermen. Anderzijds is van belang dat die interpretatie van open normen door de toezichthouder voorspelbaar en toetsbaar is. Ten aanzien van de voorspelbaarheid geldt dat toezichthouders over de invulling van open normen een voortdurende dialoog zullen moeten voeren met de ondertoezichtstaande sector. Dit stelt ook de ondertoezichtstaande sector of individuen in staat om zich te richten naar het publieke belang. Het voordeel van open normen is dat het optreden van de toezichthouder in belangrijke mate wettelijk geïmplementeerd en toetsbaar is. Dat discussie zal blijven bestaan over de interpretatie van open normen is onvermijdelijk en zou ook kunnen bijdragen aan het debat over wat nu precies in het maatschappelijk belang is. Het laatste woord is daarbij aan de rechter.

Als toezichthouder maatschappelijke risico's actief en openbaar signaleren

Zoals hiervoor al geschetst is er geen sprake van een objectief vast te stellen publiek belang. Toezichthouders zullen daar in lijn met hun taakopdracht invulling aan geven en daarbij ook raken aan onderwerpen die (nog) niet wettelijk zijn gereguleerd. Het voordeel daarvan is dat zij flexibel kunnen inspelen op nieuwe maatschappelijke

ontwikkelingen. Het nadeel is dat hun gedrag niet toetsbaar is voor de rechter. Daarom is het belangrijk dat de invulling die de toezichthouder geeft aan het publieke belang op zijn vakgebied op andere wijze toetsbaar is. Daarvoor zijn verschillende mogelijkheden denkbaar.

Op dit moment heeft een aantal toezichthouders al de gewoonte om nieuwe maatschappelijke risico's te signaleren in toezichtplannen of een meerjarige agenda. De AFM bijvoorbeeld signaleert al een aantal jaar welke maatschappelijke risico's zij ziet voor consumenten op de financiële markten, en signaleert daarbij ook wanneer zij niet beschikt over voldoende instrumentarium om die risico's te mitigeren. Zowel de AFM als DNB schrijft sinds de financiële crisis een jaarlijkse wetgevingsbrief aan de minister van Financiën. Hierin signaleren zij onder meer voor welke maatschappelijke risico's onvoldoende wettelijk instrumentarium bestaat. De maatschappelijke agenda's van toezichthouders en de wetgevingsbrief geven zo inzicht in de uitleg die toezichthouders geven aan het publieke belang. Dit stelt de politiek en de ondertoezichtstaande sector in staat om over deze interpretatie van publiek belang in gesprek te gaan. Voor een aantal toezichthouders geldt overigens dat zij de ondertoezichtstaande partijen vooraf consulteren over hun toezichtagenda. Hiermee wordt de sector in staat gesteld te reageren op de interpretatie van het publieke belang. Zo wordt bereikt dat er transparantie vooraf is en dialoog kan ontstaan over de wijze waarop de toezichthouder invulling geeft aan het publieke belang.

Verantwoording afleggen over de invulling van het publieke belang

Bij een invulling van het publieke belang door toezichthouders hoort ook een expliciete verantwoording over hoe de toezichthouder dat doet en hoe dat zich verhoudt tot zijn wettelijke taak en taakopdracht. Die verantwoording kunnen toezichthouders vormgeven

door in jaarverslagen en andere verantwoordingsdocumenten expliciet stil te staan bij de invulling van het publieke belang. Welke nieuwe ontwikkelingen in de betreffende markt of sector signaleert de toezichthouder en hoe heeft hij daarop geacteerd? Deze expliciete verantwoording stelt de sector, de politiek en het publiek in staat om in dialoog te gaan met de toezichthouder. Die dialoog kan gaan over een vergaande invulling van het publieke belang, maar ook over een – naar de mening van stakeholders – te beperkte invulling van het publieke belang door de toezichthouder. In het geval van het laatste kan de toezichthouder besluiten zijn koers te wijzigen of met beleidsmakers in gesprek te gaan over de interpretatie van het publieke belang. Daarbij geldt wel dat de toezichthouder moet bewaken dat zijn onafhankelijkheid gewaarborgd blijft.

Duidelijkheid scheppen over het mandaat van de toezichthouder

Wellicht de belangrijkste vraag bij het invullen van het publieke belang door de toezichthouder blijft hoe het publieke belang, en daarmee de inzet van de toezichthouder, in dienst van dat publieke belang wordt bepaald. Het helpt daarvoor wanneer in de taakomschrijving en het wettelijke mandaat van de toezichthouder een duidelijke verwijzing naar het te beschermen publieke belang is opgenomen. Hierdoor ontstaat houvast bij de vraag of de door de toezichthouder gegeven interpretatie aansluit bij het wettelijk gegeven mandaat.

In wet- en regelgeving wordt in verschillende mate duidelijkheid gegeven over de belangen die de toezichthouder of inspectie dient te beschermen. Voor de Autoriteit Nucleaire Veiligheid en Stralingsbescherming (ANVS) bijvoorbeeld is in de Kernenergiewet opgenomen dat zij de taken uitvoert die haar bij of krachtens de wet zijn toegekend en dat zij toeziet op de naleving van bij of krachtens deze wet gestelde regels. Deze bepaling geeft, los van de specifieke aan de

ANVS toebedeelde taken, weinig richting over het publieke belang dat de ANVS dient te beschermen. Vanzelfsprekend kan dat belang worden afgeleid uit de aan de autoriteit toegewezen taken, maar een ‘generieke’ omschrijving van het publieke belang in kwestie ontbreekt. Voor de AFM daarentegen wordt in het taakstellingsartikel in de Wet op het financieel toezicht gesteld dat het door de AFM uit te oefenen gedragstoezicht is gericht op ordelijke en transparante financiële marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten.

Door in de taakomschrijving ook het doel van het toezicht te benoemen, wordt meer richting gegeven aan de interpretatie van het publieke belang dan wanneer uitsluitend een verwijzing is opgenomen naar de wettelijke taken. Met een helder omschreven mandaat zijn bovendien de besluiten van de toezichthouder over de uitleg van het publieke belang meer politiek gelegitimeerd. De besluitvorming over het wettelijk mandaat en de uitleg daarvan is immers een democratisch proces. Een helder omschreven wettelijk mandaat biedt overigens geen uitkomst in geval van conflicterende publieke belangen.

Tot slot: een goede invulling van het publieke belang vraagt een publiek debat

De WRR bepleitte in zijn rapport *Toeziën op publieke belangen* een verruimd perspectief op toezicht door het publieke belang in het toezicht meer centraal te stellen. De oproep van de WRR blijkt niet aan dovemansoren te zijn gericht. Inmiddels is het in het Nederlandse toezichtlandschap steeds meer de norm geworden om het publieke belang centraal te stellen. Daarbij heeft een aantal ontwikkelingen een belangrijke rol gespeeld. Bijvoorbeeld het tempo waarin de maatschappij verandert en de rol van technologie in de maatschappij. Beide ontwikkelingen maken dat steeds nieuwe

(maatschappelijke) risico's opdoemen die niet gemakkelijk door regels zijn te ondervangen. Een andere ontwikkeling is de toegenomen wens om risico's eerder op het spoor te komen: van toezichthouders wordt verwacht dat zij steeds meer problemen voorkómen en niet pas optreden als het probleem zich heeft gemanifesteerd. In het verlengde daarvan geldt dat de eisen die aan toezicht worden gesteld onverminderd hoog zijn.

In deze bijdrage heb ik het spanningsveld beschreven dat ontstaat als toezichthouders het publieke belang centraal stellen. Dat komt kortweg neer op de vraag wie het optreden van de toezichthouder legitimeert, toetst en zo nodig beperkt. Een oplossing die al deze dilemma's afdoende mitigeert is mijns inziens niet voorhanden. (Nieuwe) maatschappelijke risico's zullen zeker in een snel veranderende maatschappij niet voldoende kunnen worden beheerst of gereguleerd door wet- en regelgeving. Een gedeeltelijke oplossing kan wel gevonden worden in een bredere toepassing van open normen die het eindresultaat (of het publieke belang) formuleren waaraan de ondertoezichtstaande moet voldoen. De invulling van deze open norm blijft echter aan verandering onderhevig en het gebruik van open normen impliceert ook een zekere discretionaire bevoegdheid van de toezichthouder.

Nu we toezichthouders een maatschappelijk rol geven in het beschermen van het publieke belang en deze rol niet altijd volledig wettelijk is gelegitimeerd, is het belangrijk dat geregeld een maatschappelijke dialoog wordt gevoerd over de invulling van het publieke belang. De toezichthouders kunnen aan die dialoog bijdragen door nieuwe risico's publiekelijk te agenderen en te signaleren, hun toezichtagenda te consulteren en verantwoording af te leggen over de wijze waarop zij invulling geven aan het publieke belang. De wetgever kan bijdragen door de toezichthouder een helder mandaat te geven. Het publieke belang is immers niet statisch. Een goede invulling van het publieke belang vraagt ook een publiek debat.

Literatuur

- ACM, AFM, CBP, DNB, Kansspelautoriteit en NZa (2014). *Criteria voor goed toezicht. Visie Markttoezichthoudersberaad*. Geraadpleegd 30 april 2019 via www.acm.nl.
 - Don, H. (2011). *Publieke belangen! Maar welke? En hoe gaan we ermee om?* Geraadpleegd 30 april 2019 via www.acm.nl.
 - IMF (2010). *The Making of Good Supervision: Learning to Say 'No'*. IMF Staff Position Note. Washington: International Monetary Fund.
 - Inspectie van het Onderwijs (2018). *De Staat van het Onderwijs 2018. Onderwijsverslag 2016/2017*. Utrecht: Inspectie van het Onderwijs.
 - Ottow, A. en Cock Buning, M. de (2013). De juridische ruggengraat van toezicht mag niet ontbreken. *Tijdschrift voor Toezicht*, (4), pp. 33-39.
 - Vroonhoven, M. van (2016). *Van dinosauriërs naar drones. Darwinistisch toezicht in tijden van digitalisering en disruptie*. Van Slingelandtlesing 2016. Amsterdam: Autoriteit Financiële Markten.
 - WRR (2013). *Toezien op publieke belangen. Naar een verruimd perspectief op rijks-toezicht*. Amsterdam: Amsterdam University Press.
-

De Inspectieraad

De Inspectieraad is het samenwerkingsverband van een aantal rijks-toezichthouders. Daarin werken zij samen aan de vernieuwing van het toezicht en verdere professionalisering van hun organisaties en hun medewerkers. Dat gebeurt onder andere in het programma Innovatie Toezicht, en via de Academie voor Toezicht.

De volgende rijksinspecties vormen gezamenlijk de Inspectieraad:

- Agentschap Telecom
- Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd
- Inspectie Justitie en Veiligheid
- Inspectie Leefomgeving en Transport
- Inspectie van het Onderwijs
- Inspectie Overheidsinformatie en Erfgoed
- Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid
- Inspectie Veiligheid Defensie
- Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit
- Staatstoezicht op de Mijnen

Ook de volgende toezichtorganisaties nemen deel aan de Inspectieraad:

- Autoriteit Nucleaire Veiligheid en Stralingsbescherming
- Belastingdienst/Douane
- Inspecteur-Generaal der Krijgsmacht
- Directie Internationaal Onderzoek en Beleidsevaluatie

Meer weten? Zie www.rijksinspecties.nl en netwerk.publiektoezicht.nl.

Enige jaren geleden adviseerde de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) om het perspectief op rijks-toezicht te verruimen. De raad stelde vast dat de complexe en wisselende maatschappelijke omstandigheden vragen om een meerdimensionale en dynamische benadering van toezichtsvraagstukken.

De rijks-toezichthouders zijn met de aanbevelingen van de WRR aan de slag gegaan. De benadering, de uitgangspositie en ook de context verschilden van organisatie tot organisatie. Daardoor valt het niet mee om vast te stellen hoe 'het' toezicht er nu voor staat.

In deze bundel reflecteren verschillende experts op de staat van het toezicht. Dat levert niet het finale oordeel op, maar vormt aanleiding voor een voortgaand gesprek over toezicht. De bundel is dan ook nadrukkelijk onderdeel van de maatschappelijke dialoog die toezichthouders voeren met de samenleving.

De bundel is samengesteld door *Hadewych van Kempen*, strategisch kennisadviseur bij Bureau Inspectieraad.

ISBN 978-90-9031914-8

